

VU Research Portal

Kroniek Algemene beginselen

Coenraad, L.M.

published in

Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging
2007

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Coenraad, L. M. (2007). Kroniek Algemene beginselen. *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging*, 4, 122-127.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Kronieken

Algemene beginselen

De medisch deskundige en art. 6 EVRM

De deskundige in de civiele procedure mag zich in een grote belangstelling verheugen. Zo zijn de afgelopen jaren de Handleiding deskundige, de Leidraad deskundige in civiele zaken (in combinatie met een Model deskundigenbericht) en de Aanbeveling procedure medisch deskundigenbericht verschenen. Aanleiding voor laatstgenoemde aanbeveling was de bestaande onduidelijkheid over de procedure die medisch deskundigen moeten volgen bij de totstandkoming van een deskundigenbericht. Een illustratie van de problemen die bij een medisch deskundigenbericht kunnen rijzen, levert de recente uitspraak EHRM 5 juli 2007, nr. 31930/04 (Sara Lind Eggertsdóttir/IJsland) op.

Nadat Sara Lind Eggertsdóttir op 5 maart 1998 zwaar lichamelijk en geestelijk gehandicapt geboren is in het *National and University Hospital* (NUH) te Reykjavik, starten haar ouders namens haar een procedure bij de rechtbank te Reykjavik tegen de Staat IJsland. De rechtbank oordeelt bij uitspraak van 24 april 2002 dat de Staat aansprakelijk is voor onmiddellijk na de geboorte van Sara gemaakte fouten door kinderartsen van het NUH en veroordeelt de Staat tot het betalen van schadevergoeding. Tegen deze uitspraak stelt de procureur-generaal beroep in bij het IJslands *Supreme Court*. Het door partijen geproduceerde bewijs is voor het *Supreme Court* onvoldoende voor een uitspraak en het besluit ambtshalve de *State Medico-Legal Board* (SMLB) voor een deskundigenbericht in te schakelen. Krachtens de *State Medico-Legal Board Act* (SMLB Act) is de SMLB in IJsland het aangewezen orgaan voor medisch deskundigenberichten. Anders dan de rechtbank komt de SMLB tot het oordeel dat geen redenen bestaan om de behandeling van Sara door de kinderartsen direct na de geboorte te bekritisieren. In lijn met deze bevinding van de SMLB vernietigt het *Supreme Court* bij uitspraak van 11 maart 2004 het vonnis van de rechtbank waarin de Staat tot het betalen van schadevergoeding werd veroordeeld.

De ouders van Sara starten namens haar (hierna: eiseres) een procedure bij het Europees Hof in Straatsburg en klagen erover dat het *Supreme Court* Sara geen ‘fair hearing before an impartial tribunal’ heeft geboden. Het EHRM merkt op dat eiseres ter onderbouwing van haar beroep op gebrek aan een eerlijk proces en onpartijdigheid van het *Supreme Court* een veelheid aan argumenten aanvoert, die alle betrekking hebben op de SMLB. Het EHRM onderscheidt deze argumenten in twee groepen.

De eerste groep van argumenten betreft de wijze en het doel van het raadplegen van de SMLB door het *Supreme Court* en komt er in de kern op neer dat het ambtshalve besluit van het *Supreme Court* tot het deskundigenbericht zonder de instemming van partijen in strijd is met art. 6 lid 1 EVRM. Eiseres is, kort weergegeven, van mening dat het eveneens in IJsland geldende beginsel van partijautonomie in de weg staat aan het ambtshalve inschakelen van de SMLB voor een deskundigenbericht. Het EHRM maakt korte metten met deze klacht:

‘The impugned request (aan de SMLB-LC) had a legal basis in the sections 2 and 3 of the SMLB Act and this was an exception to the general rule of Icelandic Law on civil procedure that the parties to a civil case had the power of disposition over the subject matter of the action. The Court further reiterates that the Convention does not lay down rules on evidence as such. In the Court’s view, a decision to appoint an expert, be it with or without the parties’ consent, is a matter that normally falls within the national court’s discretion under Article 6 § 1 in assessing the admissibility and relevance of evidence.’

De wettelijke mogelijkheid voor een gerecht om ambtshalve een deskundige te benoemen, is derhalve een toegestane uitzondering op het beginsel van partijautonomie. En terecht, zoals ook de Nederlandse wetgever heeft gemeend. Art. 194 Rv biedt de rechter immers de mogelijkheid om ambtshalve een deskundigenbericht of -verhoor te bevelen. Bovendien is het geruststellend om te weten dat het EHRM zich in beginsel niet zal mengen in de beslissing van een nationale rechter om ambtshalve een deskundige te benoemen.

De tweede groep argumenten van eiseres betreft de samenstelling, positie en rol in de procedure van de SMLB. Anders dan bij de eerste groep argumenten, gaat het bij deze groep derhalve uitsluitend om de medisch deskundige en niet om het gerecht, terwijl art. 6 EVRM eisen stelt aan gerechten en niet ook zonder meer aan deskundigen. Het EHRM neemt dit laatste dan ook als uitgangspunt:

‘It should be noted that Article 6 § 1 of the Convention guarantees a right to a fair hearing by an independent and impartial “tribunal” and does not expressly require that an expert heard by that tribunal fulfills the same requirements.’

Het Europees Hof voegt er echter meteen aan toe dat samenstelling en procedurele positie en rol van een deskundige wel degelijk van belang kunnen zijn in het kader van art. 6 EVRM en legt daarbij het verband met de *equality of arms*:

‘In its case-law the Court has recognised that the lack of neutrality on the part of a court appointed expert may in certain circumstances give rise to a breach of the principle of equality of arms inherent in the concept of fair trial.’

Voor het mogelijke gebrek aan neutraliteit van de SMLB speelt een rol dat vier leden van de SMLB als arts werkzaam zijn bij het ziekenhuis waar eiseres geboren is, de NUH. Het argument van de Staat betreffende ‘the particular demographic situation in Iceland, with a relatively small population, and the difficulty of finding suitable experts who did not have any ties to the NUH’ wordt door het Europees Hof terzijde geschoven ‘in as much as it implies that

variable standards should apply to the competent “tribunal” depending on practical considerations.’

Omdat van een gebrek aan subjectieve onpartijdigheid bij de vier NUH-leden van de SMLB geen sprake is, past het EHRM – onder verwijzing naar zijn uitspraak Brandstetter/Oostenrijk uit 1991 – de objectieve toets van onpartijdigheid op de SMLB toe om vast te stellen of sprake is van gebrek aan neutraliteit:

‘The Court considers that the ties of those four members to the NUH could give rise to certain apprehensions on the part of the applicant. While such apprehensions may have a certain importance, they are not decisive; what is decisive is whether the doubts raised by appearances can be held objectively justified.’

En na een weging van factoren – die hier geen uitvoerige bespreking behoeven, maar waarbij volstaan kan worden met opmerken dat deze met name de dominante rol van de SMLB in de procedure betreffen – komt het EHRM tot de volgende conclusie:

‘In the light of the above, the Court considers that the applicant could legitimately fear that the SMLB did not act with proper neutrality in the proceedings before the Supreme Court. It further transpires that, as a result of this deficiency and of the SMLB’s particular position and role, the applicant’s procedural position was not on a par with that of the adversary party, the State, in the manner required by the principle of equality of arms.’

Het gebrek aan neutraliteit van de medisch deskundige leidt in dit geval derhalve inderdaad tot een *inequality of arms*, zodat het Europees Hof toch weer bij art. 6 EVRM uitkomt. En de band met art. 6 EVRM blijkt nog sterker te zijn:

‘What is more, the Supreme Court’s objective impartiality was comprised by the SMLB’s composition, procedural position and role in the proceedings before it.’

Resumerend: hoewel de eisen van art. 6 EVRM zich niet rechtstreeks uitstrekken over de door een gerecht benoemde (medisch) deskundige, kan de op zijn samenstelling, procedurele positie en rol gebaseerde neutraliteit van de deskundige wel degelijk van belang zijn in het kader van art. 6 EVRM. Een dergelijk gebrek aan neutraliteit van de deskundige leidt immers tot een *inequality of arms* en een gebrek aan objectieve onpartijdigheid van het gerecht. Het EHRM heeft in deze zaak dan ook een schending van art. 6 EVRM aangenomen.

Hoor en wederhoor en bewijswaardering

In 2002 is in art. 19 Rv de in de rechtspraak van het EHRM en van de Hoge Raad reeds lang bestaande regel gecodificeerd dat de rechter partijen in beginsel over en weer in de gelegenheid stelt zich uit te laten over elkaars standpunten en over alle bescheiden en andere gegevens die in de procedure ter kennis van de rechter zijn gebracht. Bovendien schrijft de slotzin van art. 19 Rv – zonder mogelijkheid tot uitzondering – voor dat de rechter bij zijn beslissing zijn oordeel, ten nadele van een der partijen, niet

baseert op bescheiden of andere gegevens waarover die partij zich niet voldoende heeft kunnen uitlaten.

Deze voorschriften lijken vanzelfsprekend te zijn, maar toch komt het voor dat feitenrechters – zoals het Hof in de hier te bespreken zaak HR 23 maart 2007, NJ 2007, 178 (Veldhuis/Nijhuis c.s.) – oordelen dat het niet noodzakelijk is dat partijen zich hebben kunnen uitlaten over bepaalde ambtshalve aan een rechter ter kennis gekomen bescheiden of andere (feitelijke) gegevens. Helemaal vanzelfsprekend is de regel van art. 19 Rv dus niet, maar zijn dergelijke uitzonderingen op het beginsel van hoor en wederhoor naar het oordeel van de Hoge Raad ook toelaatbaar?

Eerst de relevante feiten die aan deze zaak ten grondslag lagen. Verweerder in cassatie 1, Nijhuis (hierna: verkoper), heeft aan verweerder in cassatie 2, J.A.M. Veldhuis (hierna: koper), een woonhuis met grond verkocht en op 13 maart 1998 geleverd. Volgens eiser tot cassatie, J.L.J. Veldhuis (hierna: eiser), heeft verkoper hiermee wanprestatie gepleegd en heeft koper onrechtmatig gehandeld jegens eiser. Laatstgenoemde stelt namelijk dat verkoper aan hem in een onderhandse akte van 27 december 1997 een recht van koop heeft verleend.

Voor zover relevant heeft de rechtbank geoordeeld dat de koper jegens eiser onrechtmatig heeft gehandeld. De koper heeft hiertegen (incidenteel) hoger beroep ingesteld. Het hof legt op eiser de bewijslast van het door hem gestelde onrechtmatige handelen van koper. Ter uitvoering van deze bewijsopdracht heeft eiser zichzelf en twee politiemannen als getuigen (hierna: getuigen 1 en 2) laten horen. Tijdens de daarop volgende contra-enquête heeft koper meegedeeld dat hij aangifte heeft gedaan van meeneed, gepleegd door getuigen 1 en 2 in deze zaak. Bij memorie na enquête heeft eiser aangegeven zich nog over het resultaat van het strafrechtelijk onderzoek tegen de getuigen te willen uitlaten. Die gelegenheid heeft eiser niet meer gekregen, gelet op r.o. 2.1 van het bestreden arrest van het hof:

‘Het hof is ambtshalve bekend met de strafvervolgning die is ingesteld tegen de in deze zaak als getuigen gehoorde [getuige 1] en [getuige 2]. Deze vervolging heeft in beide gevallen geresulteerd in een vonnis van de rechtbank te Almelo (...), waarbij beiden zijn vrijgesproken van het plegen van meeneed betreffende hun in deze zaak (...) afgelegde getuigenverklaringen. Partijen zijn niet meer in de gelegenheid geweest op deze ontwikkelingen te reageren. Gezien de hierna volgende overwegingen is zulks naar het oordeel van het hof ook niet noodzakelijk.’

In de daarop volgende r.o. 2.5 en 2.9 oordeelt het hof dat eiser niet is geslaagd in bovengenoemde bewijsopdracht en heeft het hof de vorderingen van eiser tegen de koper afgewezen.

Eiser gaat in cassatie en klaagt erover – voor zover hier relevant – dat het hof in r.o. 2.1 heeft miskend dat het beginsel van hoor en wederhoor meebrengt dat eiser zich had moeten kunnen uitlaten over alle bescheiden en gegevens die voor de beslissing van het hof van belang zijn of kunnen zijn en in dit geval met name over de (uitkomsten van de) bedoelde strafzaak. De Hoge Raad brengt, evenals A-G Langemeijer, de hoor en wederhoorklacht van eiser in verband met het leerstuk van de bewijswaardering en komt in een lange, lezenswaardige overweging tot het oor-

deel dat eiser slaagt in zijn klacht van schending van het beginsel van hoor en wederhoor:

‘(...) Dit (de in art. 19 Rv neergelegde gelegenheid tot uitlaten, -LC) geldt ook voor gegevens van feitelijke aard zoals de onderhavige strafvonnissen, waarvan het hof ambtshalve heeft kennisgenomen, en waarvan niet kan worden gezegd dat zij zonder belang zijn voor de waardering van de betrouwbaarheid van de beide als getuige gehoorde politiemannen en de geloofwaardigheid van de door hen afgelegde verklaringen. Daarbij is in aanmerking te nemen dat de beide politiemannen weliswaar door de strafrechter zijn vrijgesproken, maar dat in de uitvoerig gemotiveerde strafvonnissen overwegingen zijn opgenomen met de strekking dat de verdachte politiemannen door eigen optreden of nalaten voeding hebben gegeven aan de verdenking die aanleiding is geweest voor het instellen van het onderzoek door de Rijksrecherche. Het hof heeft bij zijn overwegingen met betrekking tot de waardering van de door getuige 1 afgelegde verklaring weliswaar vooropgesteld dat de vraag of meened is gepleegd in de onderhavige civiele zaak niet aan de orde is, en het heeft bij zijn oordeel dat die verklaring, kort gezegd, onvoldoende bijdraagt aan het door eiser te leveren bewijs vermeden naar (de vonnissen in) de strafzaak te verwijzen. Dat wil echter niet zeggen dat eiser in dit geval geen belang erbij had zich over de afloop van de strafrechtelijke procedure tegen de voor zijn bewijspositie belangrijke getuigen en over de in de strafvonnissen opgenomen overwegingen omtrent de door deze getuigen in de onderhavige zaak afgelegde verklaringen uit te laten, zulks teneinde te voorkomen dat het hof daaraan bij de waardering van het bewijs, zonder kennis te hebben genomen van het standpunt van eiser dienaangaande, consequenties zou verbinden.’

Uit het voorgaande blijkt dat de strafvonnissen bij twee beslissingen van het hof een rol hebben gespeeld, dan wel mogelijk hebben gespeeld. De eerste beslissing is die waarbij de verklaringen van getuigen 1 en 2 als bewijs zijn toegelaten, nu beide getuigen blijken de strafvonnissen immers zijn vrijgesproken van meened. De tweede beslissing betreft de waardering van deze verklaringen. Het hof heeft de verklaringen gewogen en te licht bevonden. Hoewel het hof bij dit oordeel, anders dan bij de eerste beslissing, niet verwijst naar de (vonnissen in) de strafprocedure, achten advocaat-generaal en Hoge Raad het geenszins uitgesloten dat deze wel degelijk van belang kan zijn geweest voor de bewijswaardering.

Theoretisch gezien had ook de koper kunnen klagen over schending van hoor en wederhoor, nu de getuigenverklaringen als bewijs zijn toegelaten (de eerste beslissing), zonder dat de koper zich over de voor deze beslissing belangrijke strafvonnissen heeft kunnen uitlaten. De getuigen zijn immers weliswaar vrijgesproken van meened, maar geheel van harte is dat blijken de overwegingen in de strafvonnissen niet gegaan.

Het is echter maar zeer de vraag of een dergelijke hoor en wederhoor-klacht in cassatie zou slagen. Naar mijn mening zou de koper onder de gegeven omstandigheden geen belang hebben bij het slagen van deze klacht. Ten eerste omdat de koper door de

schending van hoor en wederhoor bij de eerste beslissing uiteindelijk geen nadeel heeft ondervonden, omdat het eindresultaat in zijn voordeel is beslecht door de (tweede) beslissing ten aanzien van de bewijswaardering. In de tweede plaats heeft de koper geen belang, omdat mijns inziens – gelet op de vrijspraak in de strafprocedure – boven iedere twijfel verheven is dat het hof niet tot een wezenlijk andere uitspraak zou zijn gekomen, dan het toelaten van de getuigenverklaringen als bewijs (vgl. ten aanzien van deze criteria: A-G Wesseling-van Gent in haar conclusie sub 2.3, vóór het hierna te behandelen arrest HR 25 mei 2007, NJ 2007, 294).

Hoor en wederhoor in arbitrage

Aan HR 25 mei 2007, NJ 2007, 294 (Spaanderman/Anova) ligt een geschil ten grondslag tussen Anova en Spaanderman. Anova heeft dit geschil voorgelegd aan het Nederlands Arbitrage Instituut, waarin zij schadevergoeding eist van Spaanderman. In deze arbitrageprocedure is een onaangekondigd door Spaanderman meegenomen getuige, de heer Kornman, – met instemming van beide partijen – gehoord. Daarna hebben de arbiters de vordering van Anova afgewezen. Vervolgens heeft de rechtbank op vordering van Anova het arbitraal vonnis vernietigd, welk rechtbankvonnis door het hof is bekrachtigd. Het hof oordeelt dat de arbiters het recht op hoor en wederhoor hebben geschonden, omdat – zakelijk weergegeven – zij Anova in de gelegenheid hadden moeten stellen om zelf ook getuigen te doen horen en zich over de verklaring van getuige Kornman uit te laten.

Spaanderman heeft vervolgens in cassatie geklaagd dat van schending van hoor en wederhoor geen sprake is geweest. Art. 1039 lid 5 Rv bepaalt immers dat voor zover partijen niets anders overeenkomen, het scheidsgerecht vrij is ten aanzien van het bewijsrecht. Het gaat hierbij echter om een begrensde vrijheid, aldus A-G Wesseling-van Gent:

‘Dit (art. 1039 lid 5 Rv-LC) betekent evenwel niet dat het scheidsgerecht een schier onbegrensde vrijheid heeft om te beoordelen of bewijsmiddelen toelaatbaar zijn en om te bepalen hoe het aangedragen bewijs moet worden gewaardeerd. Deze vrijheid wordt ingeperkt door de fundamentele beginselen van procesrecht, waaronder het beginsel van hoor en wederhoor; ook de bewijsregels die de arbiters hanteren, moeten aan dit beginsel voldoen. De bewijsoverlevering door getuigen is derhalve eveneens onderworpen aan het beginsel van hoor en wederhoor. (...) Art. 168 Rv (van rechtswege recht op contra-enquête, -LC) is voor toepassing in de arbitrageprocedure uitgesloten. Nu het echter een uitwerking vormt van (een aspect van) het beginsel van hoor en wederhoor, komt partijen in de arbitrageprocedure m.i. het recht toe om – vergelijkbaar met art. 168 Rv – in het arbitraal geding getuigen in een contra-enquête te doen horen.’

Ook de Hoge Raad oordeelt op dit punt in woorden van gelijke strekking. Advocaat-generaal en Hoge Raad zijn dan ook van mening dat het oordeel van het hof dat het scheidsgerecht inbreuk heeft gemaakt op het beginsel van hoor en wederhoor, geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting. Het scheidsgerecht had immers Anova eerst gelegenheid moeten bieden voor een contra-

enquête en Anova in staat moeten stellen om zich over de getuigenverklaring uit te laten.

Voorts heeft Spaanderman geklaagd dat het hof heeft miskend dat bij het onderzoek of het scheidsgerecht de procedureregels heeft nageleefd, terughoudendheid moet worden betracht. Een vernietigingsprocedure mag immers niet worden gebruikt als een verkapt hoger beroep en het algemeen belang bij een effectief functionerende arbitrale rechtspleging brengt mee dat de burgerlijke rechter slechts in sprekende gevallen dient in te grijpen in arbitrale beslissingen, aldus nog steeds Spaanderman. Tot slot meent Spaanderman dat het hof heeft miskend dat art. 1065 lid sub e Rv – strekkende tot vernietiging van het arbitrale vonnis in een geval dat sprake is van strijd met een goede procesorde – eveneens met terughoudendheid moet worden toegepast. Ten aanzien van deze klacht oordeelt de Hoge Raad:

‘Bij de beoordeling van het middel, dat terecht tot uitgangspunt neemt dat schending van het in art. 1039 lid 1 Rv. neergelegde recht van hoor en wederhoor op de voet van art. 1065 lid 1, onder e, Rv. kan leiden tot vernietiging van het arbitrale vonnis wegens strijd met de openbare orde of goede zeden, wordt het volgende vooropgesteld. Het is juist dat niet iedere schending van een in de arbitrageprocedure geldende procedureregels tot vernietiging van het arbitrale vonnis hoeft te leiden en dat zelfs indien schending van procedureregels ertoe leidt dat sprake is van strijd met de beginselen van een goede procesorde, art. 1065 lid 1, onder e, Rv. naar zijn aard met terughoudendheid moet worden toegepast (...). Voor een terughoudende toepassing van deze bepaling is echter geen plaats wanneer moet worden geoordeeld dat bij de totstandkoming van het arbitrale vonnis is gehandeld in strijd met het fundamentele recht van hoor en wederhoor. Dat recht is immers in een arbitrale procedure niet minder van betekenis dan in een procedure voor de overheidsrechter.’

Voorop staan de vrijheid en onafhankelijkheid van een arbitraal scheidsgerecht, zoals die onder meer tot uitdrukking komen in de in art. 1039 lid 5 Rv geformuleerde vrijheid in de toepassing van regels van bewijsrecht en in de door de Hoge Raad voorgeschreven terughoudendheid bij de toepassing van de mogelijkheid tot het vernietigen van arbitrale vonnissen. Deze vrijheid en onafhankelijkheid vinden echter hun grens in, in ieder geval, het beginsel van hoor en wederhoor. Ook in dit arrest heeft de Hoge Raad weer het fundamentele karakter van het beginsel van hoor en wederhoor onderstreept. Immers niet elke schending van beginselen van een goede procesorde leidt – vanwege de geboden terughoudendheid in toepassing – tot vernietiging van een arbitraal vonnis, maar schending van het beginsel van hoor en wederhoor hoe dan ook wel. Ook bij andere procesrechtelijke leerstukken blijkt van dit *primus inter pares*-karakter van het beginsel van hoor en wederhoor. Zo wordt een rechtsmiddelenverbod in ieder geval doorbroken als sprake is van schending van het beginsel van hoor en wederhoor. De noodzaak tot naleving van dit beginsel staat derhalve niet ter discussie.

Partijautonomie en hoor en wederhoor

Een geschil over een boedelverdeling na echtscheiding heeft geleid tot HR 12 januari 2007, LJN AZ1492. In de bestreden uitspraak heeft het hof gekozen voor een praktische benadering: het heeft zijn beslissing gebaseerd op rechtsgronden die weliswaar zouden kunnen worden afgeleid uit de in het geding gebleken feiten, maar die door eiseres in eerste aanleg, de vrouw, niet aan haar vordering ten grondslag zijn gelegd. Grondslag voor de vordering van de vrouw was namelijk dat op het tijdstip van ontbinding van het huwelijk een recht van koop van het bedrijfspand, of de waarde daarvan, tot de ontbonden huwelijksgoederengemeenschap behoorde. Nadat in appèl was gebleken dat niet dit recht van koop, maar een – niet door de vrouw gesteld – recht op *overdracht* van bedoeld recht van koop tot de ontbonden huwelijksgoederengemeenschap behoorde, heeft het hof de vordering van de vrouw vervolgens ruim geïnterpreteerd en laatstgenoemd recht op overdracht van de koopoptie in de verdeling betrokken.

De man klaagt in cassatie over deze actieve handelwijze van het hof, waarbij het hof zich buiten de rechtsstrijd van partijen zou hebben begeven, althans de feitelijke grondslag van de vordering zou hebben aangevuld. De Hoge Raad overweegt dat de klacht gegrond is en motiveert dit als volgt:

‘De gedingstukken laten geen andere uitleg toe dan dat de vrouw aan haar vordering ten grondslag heeft gelegd dat de koopoptie met betrekking tot het bedrijfspand, althans de waarde van dat recht, tot de te verdelen gemeenschap behoort, en niet dat daartoe enig recht (of de economische waarde daarvan) van de man jegens [betrokkene 1] (...) behoorde om overdracht te vorderen van (...) het recht van koop van het bedrijfspand. Door de vordering van de vrouw toe te wijzen op de grond dat laatstbedoeld recht tot het te verdelen vermogen behoorde, heeft het hof in strijd met art. 24 Rv. de feitelijke grondslag van de vordering van de vrouw aangevuld. Het staat de rechter immers niet vrij zijn beslissing te baseren op rechtsgronden of verweren die weliswaar zouden kunnen worden afgeleid uit in het geding gebleken feiten en omstandigheden, maar die door de desbetreffende partij niet aan haar vordering of verweer zijn ten grondslag gelegd. Daardoor werd de man te kort gedaan in zijn recht zich naar behoren te kunnen verdedigen.’

Ook A-G Langemeijer is deze mening toegedaan, maar voegt daaraan, onder verwijzing naar het interim- en het eindrapport van Asser, Groen en Vranken, toe:

‘Iets anders is, dat maatschappelijk ter discussie staat of de partij-autonomie als leidend beginsel in het burgerlijk procesrecht gehandhaafd moet blijven. De onderhavige zaak geeft een voorbeeld van het dilemma. Indien de rechter zich strikt beperkt tot de grondslag van de vordering en de daartoe gestelde feiten, kan hij de zaak niet afdoen op een andere grondslag, zelfs indien de rechter mag aannemen dat de eisende partij een dergelijke – ambtshalve door de rechter bijgebrachte – wijze van afdoening op prijs zou stellen. In wezen vormt art. 24 Rv een toepassing van het verdedigingsbeginsel. Van dit laatste uitgaande, zou betoogd kunnen worden dat aan

de rechter een dergelijke aanvulling van feitelijke (en juridische) gronden zou moeten vrijstaan, mits de rechter de mogelijke nieuwe grondslag vooraf ter kennis van partijen brengt en aan hen voldoende gelegenheid geeft om zich over een afdoening van de zaak op deze nieuwe grondslag uit te laten en zich daartegen te verdedigen. Daarmee wordt de maatstaf vergelijkbaar met die voor zgn. “verrassingsbeslissingen”.

Zowel advocaat-generaal als Hoge Raad benadrukken derhalve dat overschrijding van de grenzen van de rechtsstrijd van partijen door de feitenrechter moet worden gezien als een schending van het beginsel van hoor en wederhoor. Vermoedelijk ingegeven door de door Asser, Groen en Vranken geïnitieerde discussie over de rol van het beginsel van partijautonomie, tasten gerechtshoven herhaaldelijk de grenzen van het toelaatbare rechterlijk activisme af. De Hoge Raad is echter consequent in zijn opvatting dat de rechter gebonden is aan de grenzen zoals door partijen aangegeven (zie bijvoorbeeld ook de in de vorige kroniek Algemene beginselen behandelde uitspraak HR 17 december 2004, JOL 2004, 681). Blijkens het slot van voorgaand citaat lijkt A-G Langemeijer – met Asser, Groen en Vranken – wel te menen dat voor feitenrechters ruimte zou moeten bestaan om de door partijen aangegeven grenzen ter discussie te stellen en hen zonodig tot het verleggen van die grenzen te bewegen. Het hof heeft in de onderhavige zaak de door partijen bepaalde grenzen echter niet ter discussie gesteld, maar deze ambtshalve herbepaald. Met advocaat-generaal en Hoge Raad ben ik dan ook van oordeel dat in deze sprake is van ontoelaatbaar rechterlijk activisme, hoe praktisch en efficiënt dit ook bedoeld moge zijn.

Inachtneming grenzen rechtsstrijd door rechter en door partijen

Ook in een tot HR 23 maart 2007, NJ 2007, 333 (ABN AMRO/Van Velzen) leidende klacht in cassatie wordt betoogd dat het hof buiten de door de grieven getrokken grenzen van de rechtsstrijd is getreden. Wat ging vooraf? Van Velzen had als privé-persoon en als directieuroortaandeelhouder in Mabat Europe Industrial B.V. effectenportefeuilles bij ABN AMRO (hierna: de Bank). Nadat de Bank Van Velzen heeft verzocht ontstane, zeer aanzienlijke, dekkingstekorten aan te zuiveren, heeft Van Velzen dit – met geleend geld – gedaan. Van Velzen heeft vervolgens van de rechtbank een verklaring voor recht gevorderd dat de Bank jegens hem toerekenbaar tekort is geschoten en/of onrechtmatig jegens hem heeft gehandeld en dat de Bank wordt veroordeeld tot vergoeding van de geleden schade. De rechtbank heeft de vordering afgewezen, waarop Van Velzen hoger beroep heeft ingesteld. Het hof heeft het vonnis van de rechtbank vernietigd en voor recht verklaard dat de Bank toerekenbaar jegens Van Velzen tekort is geschoten en de Bank tot schadevergoeding veroordeeld. De toerekenbare tekortkoming bestaat uit het advies van (een medewerker van) de Bank aan Van Velzen om geld te lenen om de ontstane dekkingstekorten aan te zuiveren, aldus het hof.

De Bank gaat in cassatie. De klacht van de Bank, voor zover hier relevant, richt zich tegen de volgende rechtsoverweging van het bestreden arrest van het hof:

‘In zijn bij pleidooi gegeven toelichting op grief VII (kenmerklijke verschrijving, lees: grief VI-LC) stelt Van Velzen dat toen ABN AMRO hem verzocht om aanzuivering van dekkingstekorten, B. hem heeft gezegd dat het wel een heel ongunstig tijdstip was om aandelen te verkopen en hem heeft geadviseerd “ergens geld te vinden” om het tekort aan te zuiveren. Van Velzen heeft dat geld gevonden door een lening aan te gaan met het bedrijf waarvan hij op dat moment directeur was. ABN AMRO heeft niet betwist dat B. zich heeft uitgelaten als door Van Velzen gesteld. Dat advies van B., die werknemer is van ABN AMRO, is aan de laatste toe te rekenen. Het hof acht dit advies in strijd met hetgeen hiervoor onder 2.5 als uitgangspunt is verwoord (een op de Bank rustende zorgplicht, -LC).’ (r.o. 2.13)

De Bank klaagt er – zakelijk weergegeven – over dat het hof een te ruime uitleg heeft gegeven aan grief VI en de mondelinge toelichting daarop door Van Velzen. In de eerste plaats (onderdeel 1.1 van het cassatiemiddel) stelt de Bank dat het hof ten onrechte een nieuwe grief heeft gelezen in het door Van Velzen bij pleidooi in appèl gemaakte verwijt van een voor zijn schade causaal advies van bankmedewerker B. De Hoge Raad oordeelt ten aanzien van dit punt:

‘Onderdeel 1.1 berust op de veronderstelling dat het hof in de hiervoor (...) weergegeven stelling van Van Velzen een nieuwe grief heeft gelezen die pas voor het eerst bij pleidooi is aangevoerd. Deze veronderstelling mist feitelijke grondslag, zodat dit onderdeel niet tot cassatie kan leiden. Het hof heeft klaarblijkelijk bedoeld dat Van Velzen in zijn bij pleidooi gegeven toelichting op grief VI, zijn met die grief aangevoerde bezwaren tegen het in eerste aanleg gewezen vonnis verder heeft ontwikkeld.’

Hieruit volgt dat het hof heeft mogen oordelen dat het door Van Velzen gemaakte verwijt betreffende het advies van bankmedewerker B. reeds bij memorie van grieven is gemaakt en bij pleidooi in appèl verder is ontwikkeld. Bij deze lezing van r.o. 2.13 van het bestreden arrest, klaagt de Bank er in onderdeel 1.2 over, dat dit oordeel van het hof – inhoudende dat het verwijt reeds in de vorm van een grief bij memorie van grieven is aangevoerd – onjuist respectievelijk onbegrijpelijk is. Volgens de Bank maakt Van Velzen in zijn memorie van grieven namelijk niet dit verwijt betreffende het advies van B, maar het verwijt dat de Bank dekkingstekorten te lang zou hebben gehandhaafd. Het hof is derhalve buiten de door de grieven getrokken grenzen van de rechtsstrijd getreden, aldus de Bank.

Deze twee klachten van de Bank betreffen derhalve de uitleg van grieven door de appèlrechter. A-G Spier geeft eerst de ten aanzien van dit leerstuk bestaande opvattingen in de literatuur weer:

‘Vooropgesteld zij dat de uitleg van grieven in beginsel is voorbehouden aan de appèlrechter. Volgens Snijders-Wendels kan een partij al gauw geacht worden bezwaren te formuleren tegen een voor haar nadelige beslissing van de rechter in eerste aanleg. Dit zal ook voor haar wederpartij veelal evident zijn. Ras-Hammerstein voegt hieraan toe “Hoezeer ook onbe-

krompen uitlegging van grieven aanbeveling verdient, als de rechter de grief te ver oprekt, dat wil zeggen verder dan voor de wederpartij kenbaar was, kan de uitlegging in cassatie met succes als onbegrijpelijk worden bestreden.”

Vervolgens komt de advocaat-generaal, na een uitvoerige toelichting, tot het volgende advies op dit punt:

“’s Hofs lezing van grief VI, tegen de achtergrond van hetgeen eerder in de mvg te berde wordt gebracht, waarnaar in de grief expliciet wordt verwezen, is niet onbegrijpelijk. Daaraan doet niet af dat een ander oordeel wellicht denkbaar was geweest. Maar dat is nu eenmaal inherent aan de vrijheid die de feitenrechter op dit punt heeft en de beperkte toetsingsmogelijkheden in cassatie.’

Spier beperkt zich, bij de behandeling van onderdeel 1.2 van het cassatiemiddel, derhalve tot de vraag of de uitleg van het hof van grief VI (in het licht van de rest van de mvg) al dan niet begrijpelijk is. De Hoge Raad benadert de kwestie echter via de vraag of Van Velzen met zijn bij pleidooi gegeven toelichting binnen de door deze grief getrokken grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep is gebleven (navolgende cursivering door mij, LC):

‘Het onderdeel (1.2, -LC) voert in de kern aan dat *het hof* met deze overweging (rov. 2.13, -LC) een onbegrijpelijke uitleg heeft gegeven aan grief VI en de daarbij behorende toelichting, en dusdoende *buiten de door de grieven getrokken grenzen van de rechtsstrijd is getreden*. Bij de beoordeling van het onderdeel dient tot uitgangspunt dat het verloop van het processuele debat tussen partijen aanleiding kan geven hun stellingen verder te ontwikkelen en te preciseren. Niet alleen geïntimeerde, maar ook appellant heeft die vrijheid, met dien verstande dat laatstgenoemde daarbij – behoudens nu niet terzake dienende uitzonderingen – dient te blijven binnen de door de grieven getrokken grenzen van de rechtsstrijd. Het oordeel over de vraag *of appellant zich aan die grenzen heeft gehouden*, berust op een uitleg van de processtukken. Deze uitleg is voorbehouden aan de rechter die over de feiten oordeelt en kan in cassatie niet op juistheid worden onderzocht. In aanmerking genomen de (...) overweging van de rechtbank en de daartegen in hoger beroep door Van Velzen ontwikkelde bezwaren (...) kan niet worden gezegd dat het oordeel van het hof dat Van Velzen met zijn bij pleidooi gegeven toelichting op grief VI is gebleven binnen de door deze grief getrokken grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep, onbegrijpelijk is.’

Klaagt onderdeel 1.2 erover dat het hof buiten de grenzen van de rechtsstrijd is getreden (zie de eerste cursivering), de Hoge Raad buigt het probleem vervolgens in de richting van de vraag of Van Velzen zich tijdens pleidooi aan de door hemzelf als appellant bij memorie van grieven bepaalde grenzen van de rechtsstrijd heeft gehouden (zie tweede cursivering). Laatste vraag is ter beoordeling van de feitenrechter, hoewel in casu het oordeel van het hof dat Van Velzen binnen de door grief VI getrokken grenzen is gebleven niet onbegrijpelijk is, aldus de Hoge Raad. Door deze benadering van de Hoge Raad wordt de vraag of het hof – met zijn

uitleg van grief VI en de mondelinge toelichting daarop – al dan niet de grenzen van de rechtsstrijd heeft geschonden, slechts impliciet beantwoord.

Deze uitspraak is dan ook met name van belang vanwege het daarin neergelegde uitgangspunt dat het verloop van het debat tussen partijen aanleiding kan geven tot een verdere ontwikkeling en precisering van de stellingen van partijen, mits binnen de grenzen van de rechtsstrijd. Het was Asser die reeds in zijn Nijmeegse oratie uit 1992 (Salomo’s wijsheid, Hoor en wederhoor: een rechterlijk oor voor partijen) wees op het dynamische karakter van het processuele debat tussen partijen. Het is misschien dan ook niet geheel toevallig dat Asser een van de raadsheren is die dit arrest mede heeft gewezen.

Mevrouw mr. L.M. Coenraad